

団体自治について^①（一）

西貝小名都

目次

第一章 問題の所在

第一節 地方自治の人民主権論的把握

第二節 戦前日本における「法律上の自治」と「政治上の自治」

第三節 団体自治の排除

第四節 本稿の課題・構成・方法

第二章 自主行政団体と立憲主義

第一節 立憲主義と自主行政団体論

第二節 絶対主義的国家論の克服

第三節 分節化された法人格相互の関係論

第三章 帝国・自主行政団体・臣民

団体自治について（一）

（都法五十七―一）

一九五

第一節 イギリス・フランス憲法の受容による立憲主義的国法学

第二節 法学的自主行政概念

第三節 連邦理論と地方自治論

第四節 自主行政団体と統治権の統一性

第五節 統治権の固有性

第六節 授権された統治権の内容

第七節 上位団体の基体として有する参加権

第八節 小括

(続く)

第一章 問題の所在

第一節 地方自治の人民主権論的把握

日本の憲法や行政法の教科書によれば、地方公共団体の存立根拠として、かつてより固有権説と伝来説ないし承認説の対立があるとされ、前者によれば、地方公共団体は国家以前の固有の権利として自治権を有するとされるのに対して、後者によれば、それは国家から伝来ないし承認されたものとして自治権を有するとされる。我が国の学説の多くは、地方公共団体の存立根拠として固有説は取りえないとし、伝来ないし承認説を採用する。

しかし、伝来ないし承認説を採用するのみでは、国家による地方自治制度の否定に対する有効な歯止めがないこ

とから、多くの学説は、次の二つの方法のうちいずれかまたは両方によって、地方自治の否定を理論的に防ごうとする。一つの方法は、日本国憲法の地方自治の章が、地方自治という制度の本質的部分の廃止を禁止していると解する、いわゆる「制度的保障説」である。もう一つの方法は、地方自治に対して人権保障や民主主義実現のための必須手段としての位置付けを与えることである。このような学説が提唱されるに至った背景として、「一九六〇年代の末頃から世界的に広まった《参加》の要請とも相俟って、地方自治もまた、市民（住民）の人権と主権を中心の理念として再構成されるべきだ、という主張がつよまって」^②きたことが挙げられる。その中でも特に、民主主義ないし国民主権の観点から地方自治を捉え直す見解は、特に憲法学説において広い支持を集めているようにみえる。地方自治の「人民主権論的把握」^③と呼ばれるこの二つ目の学説には様々な種類があるが、その代表的学説として、宮沢俊義のそれを挙げることは、必ずしも恣意的とはいえないだろう。

戦前、地方公共団体の固有権を否定することによっていわゆる固有の事務論を批判した宮沢俊義は、戦後、『日本国憲法コンメンタール』の憲法九十二条の解説において、「地方自治の本旨」解釈として、実質的に地方自治を人民主権によって基礎づけた。彼は、「地方自治の本旨」の意味内容は、団体自治と住民自治であると説明されるとした上で、次のように述べる。「ここに『地方自治』というのは、もっぱら後の意味である。それはある地域における公共事務は、その地域の住民の意思にもとづいてなされるべきものであるという原理をいう」^④。そして、住民自治の実現のためには、「その地域における公共事務が国から独立な事務とされることが合目的であるから、ここにいう地方自治を実現する手段として、団体自治も当然要請される」^⑤という。つまり、戦前においては地方自治とは団体自治と住民自治の両方を意味していたのが、宮沢によれば、戦後憲法においては地方自治＝住民自治であり、団体自治は住民自治を実現するための手段としてのみ要請されるということになる。

宮沢は別の論文で、日本国憲法によって地方自治制度が導入された意義について、明治憲法下において地方自治が「軍国主義的権力政治の完全な手足となってしまう⁽⁸⁾」ことを挙げる。そして、その理由を、明治政府下で推進されたプロイセン的性格を持った地方自治が、単に「国の政治の能率をあげるためのひとつの手段として考案され、是認されていたのであり、民主政治の地方的表現とはされていなかった⁽⁹⁾」点に求めた上で、日本国憲法における地方自治の意義について、「国の政治体制において民主政治が確立しておらず、したがって、国民参政が不十分であり、*Government by the People*が行われていない場合にあっては、地方自治で認められる住民参政こそが、その国の政治体制におけるもつとも実効的な国民参政であり、そこにこそ民主政治があると考えられるから、地方自治の存在理由は、その点で、きわめて大きいといえる⁽¹⁰⁾」とする。

しかし同時に宮沢は、中央における代表民主主義の欠点を補うための直接民主主義制度を導入する手段として地方自治制度の積極的役割を肯定する他の人民主権的地方自治論⁽¹¹⁾とは対照的に、地方自治による住民参加の実現を、国政において民主主義が確立されるまでの、単なる過渡的な手段ないし時限付きの手段として位置付けている。「ところが、国の政治体制において民主政治が確立され、国民参政が全国的規模でじゅうぶんに実現されている場合にあつては、*Government by the People*を地方について特別に強調する根拠がそれだけ小さくなつてくると思われる⁽¹²⁾」。「ここでは、国民参政は、地方自治によってのみ、実効的ならしめられているとはいえなくなる。中央の政治体制自体が国民主権の原理に忠実に *Government by The People* を実施するとすると、さきに明治憲法の下で特に地方自治に期待された役割は、どうしても、そのままであることはできなくなる⁽¹³⁾」。

この宮沢の〈地方自治＝住民自治〉論は、憲法学においてかなり広く受け入れられたことは、芝池義一が次のように述べるとおりである。「……団体自治と住民自治とはわが国では共存の関係にあるが、しかし、両者は等価値

のものではない。すなわち、ドイツでは自治の理解において団体自治を重視する傾向が有力であるが、わが国では、団体自治よりも住民自治が重視される傾向がみられる。すなわち、地方自治はもっぱら住民自治の意味で理解され、団体自治は地方自治の実現の手段と位置づけられ、あるいは、地方自治の本質は住民自治にあり、団体自治は住民自治を前提としつつ、そのコロシアーとしての意味を持つといわれる。この住民自治の重視の背後にあるのは、地方自治を民主主義の理念から捉えようとする思想である⁽¹⁴⁾。

第二節 戦前日本における「法律上の自治」と「政治上の自治」

我が国における団体自治と住民自治は何に由来しているのか。この区別は明治憲法下から知られていた。例えば、穂積八束は、地方自治体を、民法上の権利義務を有するのみならず公法上の権力をも共有する公法上の法人として説明する一方で、人民は地方自治体と契約関係ではなく単なる命令服従関係にあるに過ぎないとしているが、この穂積の説明は、前半が法律上の自治に対応しており、後半が政治上の自治の否定に対応している⁽¹⁵⁾。また、その後の学説は、「法律上の自治」と「政治上の自治」との区別を前提とした上で、「法律上の自治」の内容を団体自治として理解し、「政治上の自治」の内容を住民自治と理解していた⁽¹⁶⁾。

例えば、美濃部達吉の『日本行政法』には、「公共團體の行ふ所の行政を称して普通に自治行政 (Selbstverwaltung) と謂ふ。以つて国の直接の行政たる官治行政に対するのである⁽¹⁷⁾」という記載が出てくる。ここで美濃部のいう公共団体とは、現代でいう公法人のことで、私法人に對置される。美濃部は、この公法人たる公共団体に、「地方團體」、「公共組合」、「法人格ある營造物」の三種が含まれるとしており、このうち「地方團體」が現在の地方公共団体にあたる。このように、戦前の地方自治論は、一般的な法人論の枠組みで論じられていたという点にその特徴

を有する。また、美濃部は「自治行政」という言葉を用いているが、この「自治」という言葉は、*autonomie*ではなく、ドイツの *Selbstverwaltung* の訳として用いられている。

美濃部は、「政治上の意義における自治」と「法律上の意義における自治」の二つがあるとした上で、政治上の意義における自治について次のように説明している。彼は、「イギリスで自治 (*selfgovernment*) と謂って居るのは、主として此の意味に用いられて居る」と述べて、政治上の意義における自治を、イギリスの *selfgovernment* と同視する。そして、美濃部によれば、この意味における自治は、広義と狭義のそれぞれがある。広義における政治的意味の自治は、「凡て國の専任官吏でない一般人民が政治に参加すること」である。広義のそれは、地方行政についてのみならず、國の中央政治においても当てはまる。例えば、美濃部によれば、陪審制度がこれにあたる。これに対して、狭義における政治的意味の自治は、「専ら地方行政に付き、其の地方の人民が國の専任官吏に依って支配されず、其の自ら選んだ機関に依ってこれを処理し、又少くともこれに参加することを意味」する。

これに対して、法律上の意義における自治は、^{②)}「公共團體が國家の監督の下に自己の機関に依り自己の費用を以て、法律の認むる限度に於いて、自己の事務として公の行政を処理する」ことと定義される。そして美濃部は、法学上の議論においては、法律上の意味における自治について論すべき理由として、「法律上自治権の主体は、公共團體である。政治的意味における自治においては、人民に与えられている権利は参政権の一種、つまり公務に参加しうることを内容とする権利であるにとどまり、人民の行う公務それ自体は國の事務あるいは公共團體の事務であつて、人民の権利の内容をなすものではない」という理由を挙げている。

佐々木惣一は、「自治を解するの見地には政治上の見地及び法上の見地の二あり。政治上の見地に於いては自治は國民が國民として國家の作用に參與することなりとせらる。……法上の見地に於ては自治は國家の下に在る團體

が國家の委任に依つて國家に対して獨立の地位を保つて其の團體に關する政治を行うこととせらる。即ち國家の下に在る團體が國家の委任を受けて自己のものとしてその團體に關する政治を行うことなり⁽²⁴⁾」としている。そして、「自治即ち自治行政を前述政治上の見地に於て解するときは之を公民自治と云ひ、之を法上の見地に於て解するときは之を團體自治と云ふ⁽²⁵⁾」と述べている。また、「余輩が今法学上の研究を為すに当ては之を法上の見地に於ける團體自治の義に用う⁽²⁶⁾」として、その後はもっぱら団体自治について論じている。

この美濃部と佐々木が採用する「政治上の意義における自治」と「法律上の意義における自治」の區別は、ドイツにおいて、ハインリッヒ・ロジーンが最初に明確な形で定式化したものである⁽²⁴⁾。ロジーンは、パウ・ラーバントが *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1876) 第一版で主張していた法律的自主行政概念を、法律的とそうでない自主行政概念の區別として提示した。「団体自治 (*körperschaftliche Selbstverwaltung*)」、「住民自治 (*bürgerliche Selbstverwaltung* なごし *staatsbürgerliche / gemeindebürgerliche / stadtbürgerliche Selbstverwaltung*)」、「*Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung* (1883) で、それまでの「ゲノッセンシャフト的自主行政 (*genossenschaftliche Selbstverwaltung*)」という用語の代替として提案した呼び方である⁽²⁵⁾。もっとも、ラーバントとロジーンには若干のニュアンスの違いが見られる。ラーバントは、後に述べるように、政治的意味の自主行政論を排除して、法学的意味の自主行政論を構築すべきであると主張し、もっぱら法学的意味の自主行政論について論じた。これに対し、ロジーンは、自らはそうしていないものの、住民自治の概念を發展させることについてそこまで否定的ではない⁽²⁶⁾。しかし、両者とも、この二種の自治のうちの後者である、法律上の意義における自治を強調すべきとしている点には変わりがない。

戦後、田中二郎は、団体自治と住民自治の區別を受け継ぎ、次のように説明している。「自治行政又は地方自治

行政 (*local autonomy, kommunale Selbstverwaltung*) とこの觀念は、二つの要素の結合より成る。その一つは、國家内の一定地域を基礎とする独立の團體が、國から獨立して自己の目的・意思及び機關をもつべきであるという意味での『團體自治』の要素であり、他の一つは、その團體の行政が、中央政府の手によつてでなく、その團體の構成員自らの手によつて行われるべきであるという意味での『住民自治』の要素である。地方自治の觀念は、本来、この二つの要素を支柱として成り立つており、その何れを欠いても、本来の意味での地方自治とはいえない」。

以上によれば、先に述べた宮沢の、地方自治＝住民自治であるとする地方自治理解は、我が國の伝統的な地方自治理解に真つ向から挑むものであるということがわかる。

第三節 団体自治の排除

上で美濃部や佐々木によつて述べられていた「法律上の自治」と「政治上の自治」の区別は、戦後ほとんど全てともいってよい行政法や憲法の教科書の、地方自治の項目の枕詞として生き残った。第一節で述べた宮沢説のように団体自治を住民自治に解消してしまう学説が影響力を行使するようになり、学説の多くは、地方自治の人民主権論的把握に対して、積極的受容か無関心かという二つの態度のいずれかを採用しているようにみえる。

これに対して、地方自治の人民主権論的把握を否定する柳瀬良幹によれば、団体自治は國と地方団体（地方公共団体）の關係に関する問題であり、住民自治は地方団体と住民の關係に関する問題である以上、両者は論理的に見て全く別の問題であり、意味内容も全く異なっているという⁽²⁸⁾。彼は、「民主主義はその概念上當然に地方自治を要求するものであるか否か、又地方自治を否定することは當然に民主主義を否定することになるか否か⁽²⁹⁾」と問題提起をした上で、実務家や行政法学界の識者は「地方自治イークオール民主主義であるとか、民主主義マイナス地方

自治イークオール零であるとかいふ趣旨のことを、ただヒステリカルにいはば絶叫するだけであつて、それが如何なる意味においてそうであるのか、又如何なる理由でそれがそうと認められるのであるかについては、一言の説明も聞き得ないのが普通である^{③①}と、時の論調を露骨に批判している。

また、有倉遼吉は、柳瀬を引用しつつ、歴史的にも理論的にも、団体自治と住民自治は常に結びついているとはいえないとしている^{③②}。

このように、住民自治と団体自治を区別して、住民自治とは独立に団体自治の理論的可能性を認める柳瀬に対して、宮沢はもともと法人格論に対する否定的見方を有している。同じ構図は、宮沢が「法学的」国民代表の原理を美濃部達吉の還暦記念論文で批判^{③③}し、およびそれを通じて国家法人学説をも宮沢が間接に批判する場面に見出されるが、それは、プーブル主権論が国家法人格論としてのナシオン主権論を批判する場面にも典型的に見られる構図である^{③④}。この法人論の否定は、地方自治の分野では、住民自治論による団体自治の否定につながっている。

団体自治、つまり「法律上の自治」は、十九世紀ドイツ公法学において形成された法人理論を基礎としている。当時のドイツにおいては、主としてフランス由来の自然法的ないし固有権的な地方自治理解や、ギールケらによって代表される有機体的な地方自治理解に代わって、ラーバントや先に述べたロジーンに代表される法実証主義的な地方自治理解がなされるようになった。このうち、先に見たように、我が国では美濃部らによって、法実証主義的な地方自治理解が輸入された。しかし、二〇世紀に入ってから、ドイツにおいても、国家理論における法人論を相対化する試みがしばしばなされるようになった。その中でも特にハンス・ケルゼンの法人論への批判は日本でも良く知られている。ケルゼンは、自らの法人論批判を地方自治にも応用し、十九世紀ドイツの法実証主義的（法人論的）地方自治論が前提としていた自主行政団体論を批判的に分解した。宮沢の学説に対するケルゼンの法人論批判

の影響は、先に述べた、彼の国民代表論批判や地方団体の固有事務論批判に見ることができる。

以上まとめれば、現在の憲法学において大きな影響力を保つ宮沢による地方自治の人民主権論的把握は、理論的・歴史的な理由から、戦前に日本へ輸入された団体自治論に対する敵対視を伴っているということである。このことは、地方自治の人民主権論的把握は、法人格論に対する批判的学説として提示されているということを意味する。そして、問題は、それが理論的にどこまで妥当であるのかである。

第四節 本稿の課題・構成・方法

他方、先に述べたように、我が国の憲法論においては、この住民自治と区別された団体自治の位置付けという問題がそれほど論じられていないか、意識すらされていない状況にあるようにみえる。しかし、近年の地方自治改革が示しているように、民主主義と地方分権は必ずしも事柄の本質上一致するわけではない。特に近年のように、高齢化による人口減少と地方の過疎化への対応が喫緊の課題となり、市町村といった住民に身近な基礎自治体よりも、都道府県や道州などのより大きな自治体の権限強化が要請される今日、民主主義や住民自治と区別された団体自治論が憲法論においてどのような位置を占めるかという問題はこれまでになく重要性を増しているといえよう。直接民主制において小規模性が問題であるとする、問題となる自治体の規模が大きくなればなるほど、分権のスローガンとして民主主義を持ち出すことは難しくなるからである。そうであるとすれば、住民自治と切り離された団体自治なる概念の理論的意味を、改めて検討する必要性は高まっているといえる。

そこで、本稿は、地方分権に関する諸々の問題が議論の俎上に上る際、必然的に問題となるはずの、基礎的かつ理論的な問題を検討する。その目的は、現在の憲法九十二条における「地方自治の本旨」解釈において、団体自治

を憲法学的に考察することを困難にしている理論的障害を取り除くことにある。そこで、本稿では、団体自治に対する批判的学説の理論的妥当性を批判的に検討することによって、最終的に団体自治を憲法学的に考察する素地を取り出すことにする。まずドイツ法実証主義的 (*Isolierung* 的) 自主行政団体論について扱い、次にケルゼン自身の地方自治論について扱う。最後に、日本における団体自治を憲法学的に考察する理論的前提について論じる。またこの際、これらの学説を歴史的文脈に沿って解釈するよりも、その理論的側面を分析する方に多くの比重が置かれる。

本稿が、ケルゼンの地方自治論と、それが前提とする十九世紀の地方自治制度を前提としてそれを説明すべく形成された学説である、いわゆる法実証主義的自主行政団体論を批判的検討の対象とする理由は二点ある。第一に、先に述べたように、ケルゼンの法人論批判は、日本における団体自治に否定的な態度に大きな影響を与えているところ、ケルゼンの地方自治に関する学説の大きな批判的前提をなすのは、法実証主義的自主行政団体論である。したがって、ケルゼンの地方自治論を批判的に検討するために、それを批判的に検討することが非常に有用だからである。第二に、団体自治に対する批判説は、明治憲法下以来の法律上の自治と政治上の自治の区別を前提としているところ、我が国におけるこの区別は、ドイツにおける法実証主義的自主行政団体論の輸入である。したがって、団体自治に対する批判説を理解するためには、その批判対象たる法実証主義的自主行政団体論を理解することが不可欠の作業だからである。

批判的検討の素材は、学説史の批判的検討によって抽出される。そのため、本稿で扱うのは、法実証主義的自主行政団体論の学説史的側面である。論点の拡散を避けるため、十九世紀ドイツの地方自治制度そのものや、それが戦前日本の地方自治制度に与えた影響、それを引き継いだ現在の日本の地方自治制度そのものについての歴史的検

討は、別稿に譲る。歴史的制度が理論に及ぼす影響を完全に無視し、本稿の具体的な論述において歴史的事情に全く触れないということまではしないが、本稿が焦点を当てる人民主権論的な地方自治論の把握とその背後にある法人論に対する否定的な態度は、実証的に制度の観察から導き出されるというよりは、やはり理論的な問題としての側面が強いからである。また、要点が不明確になることを防ぐため、自主行政団体概念形成において法実証主義的国法学と並んで大きな役割を果たした有機体的理論や、明治期の我が国における実際の地方自治制度の形成に対しても影響を与えたローレンツ・シュタインやルドルフ・グナイストらの自主行政論については、別稿で扱うこととして、法実証主義的国法学の自主行政団体論を説明する際に必要ある限り付随的に触れるにとどめる。

- (1) 本稿は、平成二十八年一月十五日に総務省自治行政センターで開催された「(第三回) 二十一世紀地方自治制度についての調査研究会」の席上で、筆者が行った『団体自治について等』と題する短い報告をもとに、大幅な加筆を施したものである。質疑応答の際、有益なコメントを数多く下さった自治行政局の方々および当該研究会構成員となっておられた先生方に、記して感謝を申し上げる。また、本研究は、JSPS 科研費 2628016 の助成を受けている。
- (2) 小林直樹『(新版) 憲法講義(下)』東京大学出版会(一九八一年)、四三〇頁。
- (3) 同上。
- (4) 小林武・渡名喜庸安『憲法と地方自治』(法律文化社、二〇〇七年) 一一七頁は、制度的保障説以降における近時の学説展開として、新固有権説と並んで「人民主権原理に立脚した地方自治保証論」を挙げ、次に述べる杉原説を紹介している。また、最近の、地方自治を民主主義の観点から新たに基礎づけようとする試みとして、木下昌彦「民主的実験としての地方分権」佐々木弘通・宍戸常寿編著『現代社会と憲法学』(弘文堂、二〇一五年) 一七二―一九三頁。
- (5) 宮沢俊義「固有事務と委任事務の理論」、同『公法の原理』(有斐閣、一九六七年) 一八三―二七三頁(初出、公法叢書、一九四三年)。
- (6) 宮沢俊義『日本国憲法 コメントンタール』(日本評論新社、一九五五年) 七五九頁。
- (7) 宮沢俊義『憲法(第五版改訂版)』(有斐閣、一九七三年) 三四五頁。

- (8) 宮沢俊義「地方自治の本旨について」、同『公法の原理』（有斐閣、一九六七年）二七五～八三頁（初出、自治研究四〇巻一〇号、一九六四年）、二七七頁。
- (9) 同上。
- (10) 同二八〇～八一頁。
- (11) 杉原泰雄『憲法と国家論』（有斐閣、二〇〇六年）三〇七～二二頁、また同「地方自治権の本質・一」法律時報四八巻二号（一九七六年）九〇～九七頁。
- (12) 宮沢「地方自治の本旨について」二八一頁。
- (13) 同二八一～八二頁。
- (14) 芝池義一「団体自治と住民自治」法学教室一六五号（一九九四年）一五～一六、一六頁。
- (15) 穂積八束『帝国憲法』（東京法学院二四年度第一級講義録、一八九一年）六八頁以下。
- (16) 末松偕一郎『地方自治制要義』（帝国地方行政学会、一九三三年）八～九頁は、広義の自治を公民自治（Bürgerliche Selbstverwaltung）とし、狭義の自治を団体自治（Körperliche selbstverwaltung）として説明している。
- (17) 美濃部達吉『日本行政法 上巻』（有斐閣、一九三六年）四八三頁。一部、旧漢字・カナ使いを現代式に改めた。以下同様。
- (18) 同四七八頁。
- (19) 同四八三～八四頁。
- (20) 同四八四～八六頁。
- (21) 佐々木惣一『日本行政法論 総論』（有斐閣、一九二二年）八一七頁。一部、旧漢字・カナ使いを現代式に改めた。以下同様。
- (22) 同八一八頁。
- (23) 同八一九頁。
- (24) Hans Peter, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen, 1926, S.18; Heinrich Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, Geschichte der Ideen und Institutionen, 1950, S. 740-42; Reinhard Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, S. 110f, 116f; Hendler, Das Prinzip Selbstverwaltung, In: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 3 Aufl., 2008, S.1103-40, 1108.
- (25) Heinrich Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, 1883, S. 56.

- (26) Kosin, ebd., S.565-8.
- (27) 田中二郎『行政法大意』（勁草書房、一九五〇年）一九二頁。また、同『新憲法と地方自治』（國立書院、一九四八年）五頁にも同じ記載がある。なお、石川健治「未完の第八章」自治事務セミナー六三八号（二〇一五年）二〇六、五頁では、地方自治の本旨を住民自治と団体自治とに分けて論ずる解釈図式は、田中二郎が提唱したものとされているが、地方自治を「団体自治」と「住民自治」に分ける枠組み自体は戦前からあったものである。
- (28) 柳瀬良幹「民主主義と地方自治」、同『憲法と地方自治』（有信堂、一九五四年）四七―六〇、五一頁。
- (29) 同四七頁。
- (30) 同四八頁。
- (31) 有倉遼吉「地方自治の本旨」、清宮四郎編『憲法講座 第四卷』（有斐閣、一九六四年）一一一―三〇、一一二、一一三頁。
- (32) 宮沢俊義「国民代表の概念」同『憲法の原理』（岩波書店、一九六七年）一八五―二二五頁（初出『公法学の諸問題―美濃部教授還暦記念―』（一九三四年）。
- (33) 杉原泰雄『国民主権の研究』（岩波書店、一九七一年）、また同「カレ・ド・マルベールの国民主権論と国民代表制論」『公法の基本問題―田上穰治先生喜寿記念―』（有斐閣、一九八四年）八三―一一七頁参照。

第二章 自主行政団体と立憲主義

本章では、まず、次章から十九世紀の自主行政団体論を検討する前提として、当時の立憲主義的試み、つまり絶対主義的国家論を克服する試みと、それにまつわる国家権力及びその主体としての分節化した法人格を入れ子状に抱え込む当時のドイツ国法学が置かれていた理論的問題状況について概観する。

第一節 立憲主義と自主行政団体論

「自主行政団体の承認としての自主行政概念は、一方で三権分立論に関わり、他方で法治国家 (*Rechtsstaat*) の形成に関わる⁽³⁴⁾」とされる。なぜなら、自主行政団体に対して自主行政権や、フランス革命当時の議論で提唱された地方の国家以前の権力たる *pouvoir municipal* を認めるか否かといった問題、あるいはゲマインデに固有の作用範囲が存在するのかわきという問題は、国家における他の権力との関係についての問題を引き起こすからである⁽³⁵⁾。例えば、ユリウス・ハチエックは、各国の比較研究を通じて、絶対主義国家と主観的権利を有する自主行政団体は相容れないのに対して、立憲君主制、君主制的法治国家において自主行政団体は最もよく生じうると結論付けている⁽³⁶⁾。

一八〇八年の東プロイセンにおけるシュタイン都市法が、国家とゲマインデの関係を実定法によって規律して以来、バーデンでは一八三一年に統一的なゲマインデ法が成立した。また、ヴェストファーレンでは一八三一年に修正都市法が成立し、引き続き一八四一年に町村法が成立した。他方、ラインでは一八四五年にゲマインデ法が成立した。さらに、一八四八年の三月革命の後、フランクフルト国民議会が、憲法に地方自治制度を定めたが、プロイセン国民議会の委員会案も地方自治を保障していた。これらは実施されるには至らなかったものの、一八五〇年のプロイセン警察行政法は、東プロイセンにおける新たな地方自治制度を確立した⁽³⁷⁾。そのため、国法学は、このような連邦国家——構成国——ゲマインデという多重構造において、連邦国家と国家の関係に加えて、国家とゲマインデの関係を整理しつつ、同時に帝国という連邦国家の統一性を叙述しなければならないことになった。

第二節 絶対主義的国家論の克服

当時の立憲主義的国家理論は、まずもって絶対主義的国家理論の克服をその目的としていたが、では、絶対主義

的国家論とはどのようなものか。絶対主義的国家論は、主権＝国家権力の統一性ないしその保持主体の統一性によって国家ないし法秩序・法体系の統一性を表現するため、他者に主権の一部を譲渡することはできないとする（主権の不可分性）。しかし、自主行政団体を取り込む立憲主義的国家理論は、国家の崩壊を招くことなく、自主行政団体に主権の一部を担わせなければならない。このために必要なのは、法秩序全体を一つにする抽象的国家人格の概念と、主権と国家権力を分離することにより、全体的人格の内部で分節化された主体に国家権力を帰属させることだった。

このような、絶対主義的国家理論によって国家ないし法秩序・法体系の統一性を確保する方法論は、フランス由来の考え方であるとされる。ドイツ語の国家権力という語 (*Staatsgewalt*) は、もともとフランス語の主権 (*souveraineté*) の翻訳であったところ、フランスにおいて、それ以前から主権の概念は知られていたとはいえず、はじめて主権概念を体系化し、近代国家の基礎理論としたのは、ジャン・ボダンであったとされる。少なくともジュリアン・フランクリンの *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory* (1973)⁽³⁸⁾ 以来、広く大衆にも流布しているボダン解釈によれば、ボダンは、「国家の上にも、並びにも、またその中にも、自立的な権力であると自称する全ての権力を否定することを意味⁽³⁹⁾」する消極的概念としての主権と、フランスの国王が有している統治権という積極的な中身を不可分のものとして結びつけていたとされる。そしてこれが、国家権力行使の統一性によって国家の統一性（ないし法秩序の統一性）を確保しようとする絶対主義的国家理論の基本的構図であり、ボダンが絶対主義的国家論者とされる所以である⁽⁴⁰⁾。この大衆に流布したボダン理解に基づく絶対主義的国家理論の構図は、国家権力の表明主体の統一性によって国家の統一性（ないし法秩序の統一性）を確保すると言い換えられる。行使の統一性を確保するために、主権的大権の行使は、一つのかつ同一の人格に託されなければならない（主権の不可分性⁽⁴¹⁾）。ボダ

ンは、様々な内容を含んだ主権者の大権としての統治権を、主権者の意思のみに依存する⁽⁴²⁾の定立のうちに、つまり立法権のうちに包含させることによって、主権概念に積極的内容を持たせた。ボダンのこのような主権的大権の行使という積極的内容を充填され、国家権力の統一性確保、ひいては国家ないし法秩序の確保という任務を負わされた、国家理論の中心点たる内容の濃い主権論によれば、主権が国家の本質的標識とされるのは当然の成り行きである⁽⁴³⁾。

ドイツ国法学は、この絶対主義的国家論と決別し、立憲主義的国家への道を踏み出すために、次に述べるいくつかの思考的道具を用いた。この思考的道具は、第一が、抽象的國家人格概念であり、第二が、主権と国家権力の分離、第三が、国家権力の分節化として整理できる。これらは規範を定立する意思の表明がなんらかの方法である人格に帰属させられることによって國家の統一性が表明されるという意思ドグマの基本的枠組みを残した上での微修正として行われた。このように、意思ドグマを残したまま絶対主義的国家理論を相対化しようとした点について、ドイツ的立憲君主制なるものをどのように評価するかと関連して、歴史的評価は分かれている⁽⁴⁴⁾。肯定的な評価をする者は、ドイツ的立憲君主制には、フランス的な絶対君主制とも、後のワイマール時代の議會制とも區別された独自の価値を認めるのに対して、これを意思ドグマの範疇から見ると後世の者の目には、ドイツ的立憲君主制は、君主に大権を残していた点で単なる絶対主義の延長に過ぎないか、あるいは議會制民主主義への移行途中の単なる中途半端な状態に過ぎないと映る⁽⁴⁵⁾。この見方からは、当時のゲルバーやラーバントらのそれに代表される国法学は、現代的な憲法の上位によるそれではなく、国家権力を協働して行使する主体の複数による多元的な立憲主義制度⁽⁴⁶⁾を、従前の国法学の枠組みでなんとか構築しようとした努力の成果としてではなく、単なるビスマルク体制を擁護するイデオロギーにすぎないと評価される傾向がある。

では、絶対主義的国家論から立憲主義的国家論へと踏み出す第一の方法とされる、生身の君主から抽象的国家への国家権力の移転とはどのようなものか。すでに主権を国家に帰属させることは、ロワゾーや、グロティウス、エミール・ヴァッテルらの国家理論によって示唆されていたものの、アルプレヒトによって明確に提示され、十九世紀ドイツ国法学で用いられた。それは、ある人格が意思を表明し、その意思が規範となることによって国家の統一性（ないし法秩序の統一性）が確保されるという絶対主義的国家学の構図、つまり意思ドグマを残した上で、国家権力行使の統一性を担う役割を生身の人間の人格から、抽象的国家人格へと単純に移転させる方法である⁽⁴⁷⁾。

絶対主義的国家論克服のための第二の思考的道具とされる、国家権力と主権の区別とはどのようなものか。先に述べたように十九世紀ドイツ国法学は、意思ドグマを残しつつ抽象的国家人格の概念を導入したものの、その際、ボダン以来の積極的主権概念に対して決定的な変更を加えた。これ以来、ボダンの *puissance publique* は *souveraineté* と同じことを意味していたにも関わらず、*puissance publique* のドイツ語訳である *Staatsgewalt* は *Souveränität* と別の意味を持つようになった。ゲルバーによれば、主権の意味は、「国家権力が自らの外にある高次の国家権力に依存していないこと」⁽⁴⁸⁾であり、「主権は国家権力自体ではなく、完全な国家権力の特質を指しているにすぎない」⁽⁴⁹⁾。「国家権力は、人格として観念される倫理的 *Organismus* の意思力 (*Willensmacht*) である」⁽⁵⁰⁾とされる。

第三の思考的道具である、国家権力の分節化とはどのようなものか。ゲルバーにおける意思としての国家権力は、上位・下位・等位関係によって分岐した意思領域の体系が基礎的幹 (*Grundstamm*) としての国家人格に連結されることによって統一化されている⁽⁵¹⁾。そして、この意思ドグマの応用的システムには、法体系の統一性がプログラム化されている⁽⁵²⁾。ゲルバーによれば、国法学の対象たる国法とは、「国家の意思力、つまり国家権力である」⁽⁵³⁾。

そして、国法学は、国家権力の内容及び限界、その国家意思を表明する機関とその形式を明らかにしなければならない。すなわち、「国家人格はその出発点であり中心点⁽⁵⁴⁾」とされる。「国法学の本質的任務は、明らかに、国家的行為（をなすこと）を任じられた個々の力が相対するところの法的関係を特定することである⁽⁵⁵⁾」とされ、この法的関係の特定は「憲法によって与えられた全ての意思領域の内容とその相互的關係を真に探求することによってのみ⁽⁵⁶⁾」なされるとされる。法秩序の統一性は、法学的任務としての意思理論的構造の構築において担保されており、部分である個別意思領域は、学問的体系の樹立を通じて全体へと組み入れられるとされる。そして、この「法的関係」の特定は、個別の意思主体が発する意思領域相互の關係を考察することにより、これらの上位・下位・等位關係が明らかになるとされる⁽⁵⁷⁾。後に述べるように、ラーバントは、立憲主義的国家論の一環として、この分節化された国家権力の主体となる自主行政団体概念を法学的に構築した。

第三節 分節化された法人格相互の關係論

今述べた二点における絶対主義的国家論の修正に対応して、自主行政団体論を国法学に組み込む際には、次に挙げるいくつかの問題が生じる。

第一に、分節化された国家権力間の關係とその統一的把握はどのようなものかという問題が、国法学の課題として残された。絶対主義的国家論における意思ドグマによる国家の統一性確保は、曖昧性を含んでいた。それは、もともと意思主義的公法学に内在する問題として、意思概念的枠組みにおいて法体系の統一を確保しているのは、それを発する主体の統一性に確保された国家権力の統一性であるところ、そこで前提とされている命令―服従概念がもともと曖昧性を含んでいたと言い換えられる。すなわち、いかなる場合に臣民は主権者に服従していい

のか、たった一度、主権者の発する法律に一つでも従ったら最後、完全な服従関係に入るのか、それともそれ以上の条件が必要なのか。とりわけ、主権者と臣民の服従関係を、自由の意思活動の範囲が広範に確保された構成国と連邦国家の關係に当てはめるとき、この問題は困難性を増す。帝国が一点でも、一度でも構成国の意思活動を制約すれば、この服従關係が認められるのか、あるいは、それでは足りないのか。

第二に、この意思ドグマを残したままの国家権力の分節化は、果たして立憲主義的国家に適合するのかという問題もある。ボダンの主権者と臣民の間の命令—服従關係は、一方性にその特色があつたとされる。すなわち、臣民は常に主権者が発する規範の名宛人であり、一方的に服従する關係にある。他方、自主行政団体も帝国権力の主体となり、命令に一方的に服従する關係にあるとすると、絶対主義的国家理論と何ら変わりが無いように思える。他方、自主行政団体が帝国権力に対してそのような關係にはないとすると、帝国の国家性はいかにして説明されるのかという問題が生じる。これは、言い換えれば、単なる国家連合と、地方分権化された単一国家や連邦国家はどのように区別されるのかという問題である。

第三に、分節化された国家権力の主体をどのように把握するのか。主体とその間の垂直的服従關係という古典的な公法的叙述枠組みを維持しつつ、かつ帝国という総体人格を抽象的法人格として構成するだけでなく、さらにその内部に多重構造化した自主行政団体という法人格を抱え込もうとする立憲主義的制度を叙述する国法学は、意思「關係」を叙述する前提として、意思「主体」についての問題を避けて通ることができない。そして、それぞれの主体は、「ルイ十四世」などといった生身の人間とは必ずしも互換性のない、帝国やラント、ゲマインデといった抽象的人格であり、なんらかの思考媒体なしには同定できない種類のものである。しかし、主権の概念は、主権が帰属するとされる主体についての情報を何も与えてはくれない。^⑧

この点、ゲルバーの国法学においては、後に新カント派国法学が一元的に統合しようとする、意思の意味内容の連結関係の分析と、意思主体の即物的観察という二つの方法論が混合的あるいは相補的に利用されているおかげで、部分は全体に吸収し尽くされてしまうわけではない。即物的観察は、ネオ・プラトニクな思考が部分をその起源のうちに吸収してしまうことを防ぎ、全体に対抗しうる確固たる地位を部分に対して保証する。とりわけこの混合的使用は、後のロジーンの公共団体論における、連邦構成国と地方公共団体という全体から見た「部分」の地位を確立する前提となっている。この二つの方法論の混在により、一方で、ゲルバーは、法の学問的体系を構築することによって、「全ての個別現象の法的な結合を明らかにする」⁽⁴⁹⁾ことができるとする。他方で、確かに、ゲルバーの法学的考察における国家は有機体ではないが、自然的考察方法の帰結として国家は有機体であるとされ、自然的考察における有機体的国家と、法学的考察における法人格としての国家は、相互の補い合いの関係にあるとされる。そして、構成員の政治的な生きた発展関係を示す有機体概念は、同時に、法学的考察においても、「構成員の運動と意思領域を取り込んだ国家の法形式の必要性を作り出す」とされる。有機体は「自然的基礎」として、法学的国法学において構成されるべき素材を形成する。

では、法実証主義的自主行政団体論は、このような理論的問題状況のもと、どのような理論として提示されたのか。まず次章では、ルードルフ・ゲナイストの自主行政論を単なる政治的スローガンに過ぎないとして批判し、法学的な自主行政団体論を提示することで、その後の法実証主義的自主行政団体論の基礎となり踏み台となった、*Staatsrecht* 第一版におけるラーバントの自主行政団体論について検討する。

(27) Julius Hasechek, *Wesen der Selbstverwaltung*. In: Max Fleischmann (Hrsg.), *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*,

Bd. III, 2 Aufl., 1914, S. 419-24, 421.

- (35) Ebd.
- (36) Ebd.
- (37) 一九世紀ドイツ全般の地方自治制度・学説については、Heftter, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, フロイエンの地方自治制度については、Hans Helfritz, *Grundriss des preußischen Kommunalrechts*, 1932 参照。また、十九世紀前半からゲルバー、ラーバントまでの地方自治制度・学説については、木佐茂男「プロイセン＝ドイツ地方自治法理論研究序説(一)」(四・定)自治研究五四巻七号九六―一二五頁、八号一〇五―一二七頁、九号八〇―一〇八頁、一〇号八四―一〇五頁参照。また、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正当化(一)」法政論集二四二二号(二〇〇一年)二六二―二七三頁・柴田隆行「ローレンツ・フォン・シュタインの自治理論の学説史上の位置」東洋大学社会学部紀要四六巻二二号(二〇〇九年)二二二―二三三頁も参照。
- (38) Julian H. Franklin, Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory, 1973.
- (39) Albrecht Randelzhofer, Staatsgewalt und Souveränität. In: Joseph Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3 Aufl., 2004, S. 143-62, 151.
- (40) Ebd.
- (41) Olivier Beaud, Souveraineté. In: Philippe Raynaud et Stéphane Riols (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 1996, S. 735-42, 737.
- (42) Jean Bodin, *Les six livres de la République*, tome I, 8, S. 192.
- (43) Randelzhofer, Staatsgewalt und Souveränität, S. 151.
- (44) Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. III, 1963, Kapitel I, §1. Das Wesen der konstitutionellen Monarchie.
- (45) Carl Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, 1934.
- (46) Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983, S. 293 以下「現代の法の支配 (rule of law) と法治国家 (Rechtsstaat) の觀念の由来は、権威と管轄の複数性にも存する」と示唆している。
- (47) この歴史的過程については、Ulrich Häfelin, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, I. Teil: Dogmengeschichtliche Darstellung, 1959 参照。
- (48) Carl Friedrich Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 3 Aufl., 1880, S. 22, n. 5.
- (49) Ebd.

- (50) Gerber, ebd., S. 19-20.
- (51) Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2 Aufl., 1869, S. 217; 3 Aufl., 1880, S. 223.
- (52) Walter Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, S. 143-44.
- (53) Gerber, Grundzüge, 1 Aufl., 1865, S. 3; 2 Aufl. und 3 Aufl., S. 3-4.
- (54) Ebd.
- (55) Gerber, Grundzüge, 2 Aufl., S. 217; 3 Aufl., S. 223.
- (56) Ebd.
- (57) Ebd.
- (58) Gerber, ebd., S. 7.
- (59) Gerber, Grundzüge, 1 Aufl., VIII. また、ebd., S. 1-2を参照。
- (60) Gerber, ebd., S. 1-2.

第三章 帝国・自主行政団体・臣民

本章では、ラーバントの自主行政団体論について検討する。先に述べたように、我が国の人民主権的地方自治論の把握と、その背後にある法人論に対する批判に大きな影響力を行使したのはケルゼンであったが、ケルゼンが時には自説の前提とし、時には批判の対象とした、いわゆる法実証主義的とされる自主行政団体論は、ラーバントの *Das Staatsrecht des deutschen Reichs* 第一版（一八七六年）以降、ドイツ公法学において議論されるようになった。

この著書が発刊されたことにより、公法学における自主行政団体論、特に、それまで問題とされてこなかった構成

国と地方公共団体の性格付けに関する議論が引き起こされたからである。この意味で、*Das Staatsrecht* 第一版の議論は、法実証主義的自主行政団体論者にとっての出発点であり、批判者にとっての前提である。また、彼の自主行政団体論は、日本における戦前の団体自治と住民自治の区別を形成したロジーンの自主行政団体論の多くの前提をなしており、また批判の対象でもある。この意味で、ラーバントの自主行政団体論は、日本における戦前、戦後の地方自治論に対して直接・間接に大きな影響を与えてきたといえる。

本章では、主として彼の *Staatsrecht* 第一版の自主行政団体論について検討する。彼の *Staatsrecht* 第二版以降の自主行政団体論は、その後多くの議論・批判を受けたことを受け、それらに対する反論・修正のために大幅に書き直されているところ、二版以降における記述は、第一版の内容を受けた他の学者による議論や批判の内容を理解した上で説明した方がわかりやすいからである。したがって、二版以降で彼が展開した見解については、その後の批判・反論を第四章以下で扱う際に、合わせて説明していくことにする。

第一節では、ラーバントが自主行政団体論を国法学全体の中でどのように位置づけていたのかをみる。第二節で、それまでの市民参加的要素を強調する自主行政団体論を *Staatsrecht* 第一版で彼がどのように批判したかを確認する。その後、第三節で、彼の連邦制に関する主張との関係で、彼の地方自治論がどのようにして、二正面作戦を取らなければならなかったかを見る。この二正面作戦として、彼は、自主行政団体もまた主体間の垂直的服従関係に基づく古典的公法関係の図式に組み込まれることを確認した上で（第四節）、自主行政団体のうち、とりわけ連邦構成国の地位の特殊性を強調する方法をとる。彼の議論において、構成国の地位の特殊性は、三つの方法によって強調されている。一つ目の方法として、統治権の固有性の議論を（第五節）、二つ目の方法として、授権された統治権の内容の議論（第六節）、そして三つ目の方法として、参加権の議論（第七節）を見ていく。

第一節 イギリス・フランス憲法の受容による立憲主義的国法学

一八八〇年にストラスブル大学で行った学長就任演説で、ラーバントは、ローマ法の受容と、絶対主義的国家概念、自主行政団体論の否定の密接な連関性を主張している。彼は、ドイツにおける絶対主義国家概念の発生原因をローマ法の受容に帰する⁽⁶¹⁾。そして、自主行政に對する否定的態度は絶対主義国家概念に基づく見方であるとする。彼によれば、「絶対主義的国家の發展とローマ法の受容は、ドイツにおける一つの同じ歴史的事象である」⁽⁶²⁾。そして、アナーキズムに對抗する絶対国家においては、自主行政権は望まれない⁽⁶³⁾。絶対主義的国家においては、行政は官僚主義的に行われる。絶対主義的国家においては、このように官僚的に組織された諸官庁は、学識豊かな無私の精神によって行政を行うことが期待され、こうして、統治的事務を委ねることによって引き起こされる弊害が除去されると考えられているからである。

ラーバントは、これに對して、イギリス・フランス的国家概念の受容と、立憲主義的国家概念、自主行政団体論の肯定の密接な連関性を主張すると同時に、自らの国法学が、イギリス・フランス的国家概念を受容することによって絶対主義的国家概念と一線を画そうとする系譜に属することも認めている。彼によれば、ドイツはローマ法という外国法の受容によって絶対主義国家を出現させたが、後にドイツは同じ仕方、イギリス・フランス法を受容することによって、立憲国家を出現させる。十五世紀における課題は、「国家権力を立て直し」、「国家的事務と權力手段を拡張すること」であったのに對して、十九世紀の課題は、それとは全く逆に、「国家を制限された領域に連れ戻すこと、その絶大な権力を緩和すること、その活動を限定すること」だからである⁽⁶⁴⁾。彼によれば、「中世の終わりには、ローマ法によって除去されるべき、*Autonomie*と自主行政の過度の拡張における害悪が存在した。そのため国家はその活動を麻痺させられ、社会福祉事業は不可能になり、不偏不党の専門的知識に基づく行政は妨

げられた。イギリス—フランスの憲法を求める煽動において問題となっているのは、自主行政の回復、*Autonomie*の回復、絶大な権力を有するようになった官僚制の制限である⁽⁶⁵⁾。「イギリス—フランスの国法の受容は、ローマ的国家思想に対抗し勝利を収めるゲルマン的国家思想による反動である⁽⁶⁶⁾」。そして、「ドイツ国法の学問的取り扱い方にとつても、イギリス—フランスの憲法システムの受容は、かつてのローマ的国家観念の受容と似た働きをした⁽⁶⁷⁾」。こうして、「今や受容の時代は完結し、絶対的官僚国家から立憲国家への移行が行われた⁽⁶⁸⁾」とされる。

第二節 法学的自主行政概念

ラーバントによれば、ドイツにおける自主行政概念はもともと「立憲主義システムによって惹起された大臣による専制 (*Ministerial-Despotismus*) に対する反動に基づく⁽⁶⁹⁾」純粹に政治的な概念である。領邦議會に対して大臣が責任を負うシステムは、大臣に従属する官庁と公務員の自立性を破壊した。このシステムのもとでは、領邦議會の多数派をなす支配的政党は大臣を責任追及から庇い、他方、大臣は自らの政党の利益と政治的見解に基づいて行動することによって、政党を満足させる。ラーバントは、これを「傍若無人の政党統治」による「立憲主義の弊害⁽⁷⁰⁾とする。絶対君主制を中和させるはずの君主と議會の協働という立憲君主制システムの導入によつてもたらされた、傍若無人の政党統治という「立憲主義の弊害」に対処するための方策として導入されたのが、自主行政概念であった⁽⁷¹⁾。この弊害たる、政党と大臣による専制の危険に対する反動として、グナイストは英国における *Selbsteverwaltung* をこの危機に対処するための処方箋として提示した。この影響のもとに、ドイツにおいても *Selbsteverwaltung* の訳語としての *Selbsteverwaltung* という語がしばしば用いられるようになった。

ラーバントは次のように述べて、グナイストによる自主行政概念をもつば政治的な概念であるとして、この概

念を法学に用いることは混乱を招くだけであるとしている。⁽²⁷⁾ グナイストは、自主行政を、給与を与えられていない（名譽職）公務員による行政と同一視している。高権的自主行政と経済的自主行政を区別するグナイストによれば、前者の自主行政は国家行政の反対物ではなく、国家行政の亜種であるとされる。自主行政の反対物は、大臣による行政、給与を支払われている職業人による行政、つまり官僚的行政である。官僚的行政においては大臣が任命・昇進決定・罷免権限を有するため、給与を支払われている公務員は、政党を頂点とした意思決定に従わなくてはならない。しかし、給与を支払われているかそうでないかは、公務員性やその職業的な権利義務を決する決定的な要素ではない。また、名譽職公務員であっても、職務費用、食費、旅費等の填補がなされていること等からすれば、名譽職公務員と職業的公務員の区別は非常に曖昧である。むしろ、公務員の任命・罷免権の行使、高権的行政機能の行使が、不偏不党に法律に従ってなされなければならないこと、独立の裁判所による法的コントロールに服することは、法治国家の根本命題であり、名譽職公務員によるものか職業的公務員によるものであるかを問わず、すべての行政形式に妥当する以上、自主行政に特殊の問題ではない。また、ラーバントによれば、地方分権は自主行政に特徴的な要素ではない。⁽²⁸⁾ なぜなら、完全な官僚的国家行政においても、広汎な権限を有する下級官庁を設置することによって、地方分権は相当程度達成することができるからである。

ラーバントは、さらに次のように述べて、対象事務の観点からも、グナイストによる高権的自主行政と経済的自主行政の区別は維持できないと主張する。⁽²⁹⁾ グナイストによれば、高権的自主行政が国家的事務であるのと異なり、経済的自主行政の対象は、国家の地方的活動ではなく、団体の経済的利益そのものであるとされる。そしてこれは、利益が地方的に分割されていることを前提としている。しかし、グナイストによって経済的自主行政の対象とされている事務は他方で高権的自主行政として国家事務にも属するといえるように、国家的事務に属する権能の範

囲が広いため、この区別は成り立たない。

国家市民の自由な活動性は、自主行政にとって関係がない。⁽²⁵⁾ なぜなら、一方で、それは軍事・経済・裁判・警察的行政といった国家の非常の多くの業務が自主活動性を有していることを無視しているようにみえるのみならず、他方で、個別の市民は、自主行政を行う機関にとって単なる臣民であることを無視しているからである。自主行政における本質は、「個人に対する国家的統治、公権的強制」であり、かつ、この強制が国家自身ではなく、国家がその事務を処理するために設立した公法的主体によって代わりになされる点にある。この公法的主体が君主制的に組織化されるか、社团的に組織化されるかは、自主行政概念にとって関係のないことである。

それゆえラーバントによれば、国法学における法学的意味の自主行政概念は、別の観点から構築されなければならない。⁽²⁶⁾ グナイストは、自主行政を、国家とゲゼルシャフトの中間項 (*Zwischenbau*) と定義するが、市民的ゲゼルシャフトは「権利主体でもなければ、法の客体でも、法的に決定づけられた関係でもない」ため、法的概念ではない。国法学において、自主行政は、国家と臣民の中間項と定義されるべきである。すなわち、「国家がその高権的統治権を直接に行使する代わりに、国家はその行使をある人格に委ねる。その人格は、確かに国家に従属しているが、しかし、国家に対して特別の公法的権利領域を、概念的に区別された存在を有している」。自主行政は、国家の事務を実施し、そのための規範を定立するという統治権行使を、国家の自己制限に基づき、中間項たる自主行政団体に委ねるという点にその本質がある。

以上に述べたラーバントの法学的自主行政概念確立の試みは、次に述べる社团的・垂直的・公法的結合のうちに自主行政団体を位置付けることを意味していた。そこで、ラーバントによって提示された法学的自主行政概念の内容に入る前に、彼が連邦国家と国家連合の違いを説明するために導入した、組合的・水平的・私法的結合と社団

的・垂直的・公法的結合の区別についてみておくことにする。

第三節 連邦理論と地方自治論

ラーバントによれば、団体の結合の方式は、二つに分けられる。それは、私法における議論に示されるように、法人格と組合、つまり、法主体と法関係である。この区別によれば、国家結合も、法主体である（連邦）国家と、法関係に過ぎない国家連合とに分けられる⁽¹⁷⁾。前者は定款的・垂直的結合、公法的な結合である。後者は、組合的で、平等な主体の間で締結される契約による結合である。市民的ゲゼルシャフトや社会的連帯は、権利主体や法関係とはならない。彼はこの社團と組合の区別を公法と私法の対立に置き換えた上、連邦は公法法的・定款的結合であるのに対して、国家同盟は国際法的・契約的結合であるとし、国家同盟は法人格ではなく、したがって国家ともいえないとする。

では、この枠組みによる連邦理論と自主行政団体論とはいかなる関係にあるか。ドイツ国家は単なる国家連合に過ぎないとするザイデルに反対するラーバントによれば、ドイツ国家は連邦国家であり、単なる法関係に過ぎない国家連合ではなく、法主体たる連邦国家であるとされる⁽¹⁸⁾。元来独立していた諸国家がより高次の権力を頂くとき、その諸国家は主権性を失うものの、国家性を失うわけではないとするラーバントの議論からすれば、同じく主権を有しない連邦内の諸団体の間で、国家性を有する団体とそうでない団体をどのように区別するかは、地方的自主行政団体をどのように定義するかという問題と切り離すことができないはずである。この点、彼は国家と臣民の間項と定義すべき法学的意味の自主行政概念を確立しようとするところ、この際は、公法的・国法的秩序と位置付けられた連邦国家において、一方で連邦に主権があることを説明しつつ、他方で自主行政団体たる連邦構成国の

国家性その他の地方的自主行政団体との相違を説明するという二正面作戦を強いられることになった。

この二正面作戦の成否は、主権を有しない国家である連邦構成国の国家性をいかに説明するかにかかっていた。確かにヴァルター・パウリが指摘するように、連邦構成国の国家性は当時の大きな争点ではなかったものの、ラーバントはこの争点に関して一定の解答を用意していた。彼は *Staatsrecht* 第一版で、治者としての構成国の有する統治権の「固有性」概念を用いた説明と、構成国が上位団体から授權された統治権の内容に基づく説明、そして、連邦の基体としての構成国の参加権に基づく説明を同時に行うことで、連邦・構成国・それ以外の地方的自主行政団体という三種の団体の性格付けを示唆している。ラーバントによるこの国家性の説明は、後の法学的自主行政団体論の基礎となるものである。

そこで、以下、まず第四節において、帝国法秩序の統一性を確保する、帝国とその下位団体である自主行政団体との垂直的關係についてのラーバントの説明を確認した上で、第五節以下で、ラーバントの *Staatsrecht* 第一版での説明が、帝国・構成国・それ以外の地方的自主行政団体という三種の団体のどのような性格付けを示唆しているかを見ていくことにする。

第四節 自主行政団体と統治権の統一性

ラーバントによる自主行政概念は、主体間の垂直的服従關係によって公法秩序を叙述する古典的公法学の枠組みを維持した上で構築されている。自主行政概念を、国家の臣民に対する統治権の行使を中間項に対して委任するという構成に求める彼によれば、臣民に対する統治権は、委任によって国家に帰属していることになっており、その意味では、統治権は国家に集中させられることにより、絶対主義的国家の時と同様に、法秩序の統一性は保たれて

いる。国家構成員の、国家市民としてではなく、臣民としての側面が強調されているのもこのためである。

ラーバントによれば、自主行政は、事務処理およびそのための規範定立をするための統治権行使に関する「国家の自己制限 (*Selbstbeschränkung*) に基づいている」⁽⁸⁷⁾。そして、自主行政団体のうち、構成国には「固有の権利」としての統治権が帰属するという⁽⁸⁸⁾。しかし、同時に、彼は、その固有の統治権を構成国は、*nur precario*、つまり帝国の許容によって有しているに過ぎないとする⁽⁸⁹⁾。そして、帝国と構成国の間の権限分配の問題は帝国憲法七十八條の問題であり、七十八條で定められた手続によれば、個別の構成国の同意を要することなく、構成国の統治権は消滅させられることもあるとされる。

主体間の垂直的服従関係を維持する上で、帝国憲法七十八條は重要な役割を果たしている。同条によって、帝国は自らに帰属する主権的権力を行使し、列挙事務についての構成国の自主行政は廃止ないし制限される。ここにおいて、帝国の統治権の対象となっていなかった対象、つまり帝国行政の対象となっていなかった対象についても、いつでも帝国は、七十八條を通じて命令・強制権の対象とすることができるといえるからである。この事實は、主体間の垂直の関係を通じて法体系を同定しようとする国法学にとって、法秩序の統一性を担う上で大きな意味を有している。

ラーバントが、構成国を含む自主行政団体を、国家と臣民の中間項であると述べ、かつ、自主行政団体が常に行政の客体となりうること (*Verwaltet-werden*) を強調するとき、いつでも下位団体が上位団体によって統治される状態にあるという要素が国家の統一性を担っているようにみえることは、今述べた論理によって説明される。ここで問題となっている統治権は、権限の授権ではなく、命令と強制権である。彼によれば、自主行政はその語の意味からして、「*Verwaltet-werden* の対義」である⁽⁹⁰⁾。「政治的団体が自ら行政するといわれるとき、常に高次の権力が

前提とされており、その権力によって、その団体もまた、行政されうる」。したがって、自主行政の語は、「最高の現に主権的な権力に用いることはできない」。なぜなら、そのような団体が行政の客体となることは考えられないからである。自主行政という語を用いることができるのは、上位権力が、それに帰属している統治権を、自らに固有の権力装置によって行使することなく、従属する政治的団体に対してこの統治権の行使を委ね、その統治権を行使するための規範を定立し、その行使を監督する場合であるとされる。構成国は、部分的に単なる地理的行政区画として帝国権力が直接行使され、部分的には自主行政団体として、帝国によって定立された規範と帝国の監督のもと、帝国権力を行使する⁽⁸⁵⁾。

第五節 統治権の固有性

しかし、立憲主義的国家理論はこれでは飽き足らず、中間項の独自性をも強調するため、さらなる理論的問題が生ずる。それは、主権は帝国に存するとしつつ、連邦構成国とその他の地方的自主行政団体との区別を設けることができるかという問題である。この区別を説明するためにラーバントによってまず用いられているのが、統治権の「固有性」の議論である。

第四節で述べたように、帝国が憲法改正権を有しており、この手続において構成国の個別の同意なしに構成国の統治権が消滅させられる可能性もあることからすると、ラーバント自身は構成国の統治権を構成国の固有権としているにもかかわらず、統治権の起源は帝国にあるようにみえる。パウリも指摘しているように、ラーバントは、「憲法改正によってラントの存在を終了させることで、『統一国家への統合』をすることさえも可能であると考え」ることによって、「ラントに権限領域を放置し、それによってこれを認めるのは帝国の憲法であり、「こうした承

認は、まさに承認された権限の担い手に対して、それが保持する法的地位を授与する」という見方を裏付けている。このことは、ひいては、構成国の国家性が、法形式的には説明できないことを示している。

法形式的にみて、権利の「固有性」に意味はないことは次のように説明される。すなわち、ケルゼンのように、日常言語における *sollen* づ、規範が *Sollen* を規定するところとの *Sollen* を區別し、「規範が *Sollen* を規定するところとの *Sollen* と言う語は」、「命令、権限付け、許可、制限といった全ての可能的規範的機能を含んでいる」と解するなら、たとえ日常言語において、許可されることと、授与されることが全く異なるイメージで理解されるとしても、両者は規範的意味においては何の相違もなく、いずれも規範によって与えられた地位に変わりはない。このように授権された権限の起源を帝国に帰すなら、連邦国家としての帝国内部の統一性は、主権を有する帝国に全ての統治権の起源を帰することで担保されるだろう。他方、この観点を強調すると、団体の結合体たる連邦国家の本質は国家理論の中で捨象されてしまうことになる。

ラーバント自身も、帝国が有する憲法改正権力の一方性に着目すると、その絶対的権力の内に全てが飲み込まれてしまうことに気付いていたため、法形式的観点以外の別の説明を導入している。⁽⁸⁸⁾ 彼はこう述べている。確かに、主権的国家は、所有権、封土法、父親の権利などを廃止することができる。そうであるとすれば、「全ての国家市民は、各々の個別の財産権を、国家がその国家市民に許した範囲において、かつその限りにおいて有する」ことになる。私法も国家が許容する限りにおいて存続する以上、このことは私法的を含む全ての権利についてあてはまる。しかし、彼は、全ての個人の権利を、「国家に由来する、国家から委譲された権利と呼ぶことは、あべこべな (*verkehrt*) 見方であるという。⁽⁸⁹⁾ 彼は、権利の積極的根拠と消極的根拠を区別することによって、この見方から脱しようとする。「国家はこの権利の積極的な起源ないし源泉、創造者および担い手ではない」。彼によれば、国家の

意思是、それが存在することによって権利が発生しえない、または存続しえないことになる、「消極的な必要条件にすぎない」。構成国についてもこれは同じく当てはまるといふ。帝国が構成国の高権の使用と存続を許容しない限り、この高権を構成国は使用することも、高権自体が存続することもできない。それにもかかわらず、「構成国のこの権利は、帝国の意思に根ざしているのではなく、帝国の充ち溢れる権力から派生するものでもない」。

では、構成国の権利は何から発生するのか。ラーバントは権利の固有性の根拠を歴史的事実と、現在妥当する法規範がそれを認めていることの両方に求めている。⁽⁹⁰⁾ 構成国の権利の積極的根拠は、「構成国は帝国よりも古いという歴史的な事実のうちに、帝国が建設される以前から構成国は主権的公共団体であったという歴史的な事実のうちに有している」。そして、この構成国の帝国に対する関係は、法学的には、今日妥当する法によって「構成国に国家的活動性と権力が残されており、その領域において、帝国ではなく構成国が統治者であるということ」が規定されていることによって決せられる。

ラーバントはこのように統治権の固有性によって、同じ自主行政団体の中で、構成国とそれ以外の地方公共団体を区別しようとしている。しかし、この説明は連邦国家に国家性を認める彼の議論とどのような関係に立つのかという問題がある。また、先に述べたように、歴史的な意味における「権利の固有性」は規範的観点から見て果たして意味があるのかという問題がある上、逆にいえば、歴史的要素のみを強調するということは、連邦国家における構成国の国家性を、規範的観点から表現することを放棄することを意味している。また、この歴史的な固有性を強調する場合、構成国とその他の団体が果たして区別できるのかという問題もある。ギールケが指摘するように、「今日の多くの社団の権利も、国家から決して『委譲 (übertragen)』されてはいない」⁽⁹¹⁾「ように思えるからである。もしそうであるとすれば、権利の由来は、構成国を他の社団や地方公共団体から区別する決定的な標識とはなりえ

ないことになるだろう。

第六節 授權された統治権の内容

構成国には自主行政権 (*Selbstverwaltung*) とともに、自主立法権である *Autonomie* が帰属すると強調することによって、ラーバントは、構成国とそれ以外の地方的自主行政団体を区別している。⁽⁹⁾ ここでは、構成国と地方公共団体は、上位団体から授權された統治権の内容によって区別されているようにみえる。

しかし、このように自主立法権を有していることをもって構成国の国家性を基礎付ける見方は、ラーバントの行政概念と相容れない側面を有する。彼は、行政が単なる法律の執行であるという見方を退けて、次のように主張しているからである。⁽¹⁰⁾ 「兵隊の訓練、武器の調達、要塞の設置——あるいは道路と運河の建設、鉄道の運営、手紙と電報の運搬——あるいは学校の設立、商業、工業、農業の増強および助成等、これら全ては、確かに法によってつくられた制限の内部に止まらねばならないが、しかし……法命題によってその政治的な内容は与えられない」。国家の「統治は、これらの活動を実施する権限を、法規範に基づき有しているのではなく、国家の本質に基づき、また、この本質から引き出される国家の任務に基づき有している」。それゆえ、「行政と立法の間の始源のかつ概念的な関係は、それゆえに、行政が立法によって積極的に決せられるという点に存する。行政の本質は、法律の執行にあるのではなく、法律を遵守して、つまり法律に違反することなく、国家の責務である任務を遂行する点に存する」。ロジーンは、このラーバントの区別は「立法と行政が概念的にみて、後者が前者を代表する仕方で行使され、執行が立法の *Delegation* である」とみえる関係にある場合にのみ「維持されうるが、これは誤っていると指摘している⁽¹¹⁾。ラーバント自身、行政を単なる法律の執行と考えようとする見方に対して抵抗していたところ、ラーバン

トは国家と自主行政団体の対立を「彼のさらなる論述において基礎としていないばかりか、他方また個別にはほとんどこれを放棄している」⁽⁹⁵⁾からである。

第七節 上位団体の基体として有する参加権

ラーバントによれば、新たに作られた連邦という高次の権力に従属することにより、この高次の権力行使に参加することと引き換えにそれまで独立した状態で有していた権力を失っても、この連邦の構成員を国家と呼ぶことは、なお言語慣用や国民になじみのある觀念に合致しているとされる。⁽⁹⁶⁾パウリは、構成国の国家性に関するラーバントの論証に関しては、参加の要素を強調する説明に対して積極的評価を与えている。⁽⁹⁷⁾パウリによれば、ラーバントが「総体意思の生産にラントが参加することを本質的標識と考えていた」⁽⁹⁷⁾たと解することによって、彼が構成国と地方公共団体の間に境界線を引くことに成功していたと評価できるとする。「参加の権限を与えられた帝国法人格の『構成員』として、ラントは地方的領域団体に対して決定的に際立つ」⁽⁹⁸⁾。

ラーバントは、後にこの参加の要素を法人格の基体論と関連付けて、連邦は構成国と区別された物質的な統治者なのではなく、構成国自身がその基体であるところの抽象的人格であることを強調している。⁽⁹⁹⁾彼によれば、民主制において市民が国家権力の客体であると同時に、主権的権力に参加しているのと同様に、構成国は連邦権力の客体であると同時に、帝国権力に参与する主体である。⁽¹⁰⁰⁾

第八節 小 括

以上をまとめれば、ラーバントが *Staatsrecht* 第一版で展開した帝国・構成国・それ以外の地方的自主行政団体

の關係は、次の通り整理できる。まず、帝国は憲法改正手続きを通じていつでも自らが直接に臣民に対して命令・強制権を発動する可能性を留保することで、法秩序ないし法体系の統一性は確保される。次に、構成国は、三つの特色によりそれ以外の自主行政団体から区別される。第一に、その有する統治権の固有性である。ただし、これは法形式的ではなく、歴史的に説明される。第二に、構成国の授權された統治権の内容は立法権を含んでいるのに対して、その他の地方的自主行政団体は行政権のみを授權されている。第三に、構成国が帝国法人格の基体として、帝国権力に参与することができる点である。第二・第三は、法内容的な区別として整理されうる。

ラーバントの議論のこのような理解には、本質的には次の問題点が指摘されうる。一方で、帝国への統治権の可能的集中のロジックにより、結局立憲主義がなおざりになっているのではないか、構成国の国家性やその他の自主行政団体は、帝国の単なる行政区画に過ぎない存在になっているのではないかという点である。他方で、法体系の統一性のみを問題とするのであれば、構成国の固有性について歴史性を強調することは必要なく、むしろこの固有性の議論は、帝国と構成国という異質の二つの国家概念が存在することを許容してしまうことにつながるという問題があのではないかという点である。ラーバントの *Staatsrecht* 第一版以降における学界での議論・批判は主として今述べた二点に向けられた。次章では、彼のこの議論によって引き起こされた、法実証主義的自主行政概念に関するさらなる議論・批判を扱う。

(続く)

- (15) Paul Laband, *Rede über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht*. In ders., *Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen*. Teil I (1866-1918), 1980, S. 540-73.

- (62) Laband, ebd., S. 555.
- (63) Laband, ebd., S. 554.
- (64) Laband, ebd., S. 570.
- (65) Ebd.
- (66) Laband, ebd., S. 571.
- (67) Ebd.
- (68) Laband, ebd., S. 572.
- (69) Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Bd. 1, 5 Aufl., 1911, S. 102 n. 4.
- (70) Ebd.
- (71) Ebd.
- (72) Laband, Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., 1876, S. 95-97.
- (73) Laband, ebd., S. 97.
- (74) Laband, ebd., S. 98-99.
- (75) Laband, ebd., S. 97f.
- (76) Laband, ebd., S. 101-02.
- (77) Laband, ebd., S. 56f.
- (78) サイデルとラーバントの論争については、海老原明夫「北ドイツ連邦成立過程の法的構成——サイデル、ヘーネル、ラーバント「ギールケ」——法学協会雑誌二二二卷一号（二〇一四年）一〇一〇四頁参照。
- (79) Laband, Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., S. 63.
- (80) Pauly, Der Methodenwandel, S. 193.
- (81) Laband, Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., S. 101.
- (82) Laband, ebd., S. 106.
- (83) Ebd.
- (84) Laband, Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., S. 103-04.
- (85) Laband, Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., S. 109; Bd. 2, 1 Aufl., S. 231.
- (86) Pauly, Der Methodenwandel, S. 194.

- (87) Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 23.
- (88) Laband, Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., S. 106.
- (88) Laband, ebd., S. 106-07.
- (90) Laband, ebd., S. 107.
- (16) Otto Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. In: Schmollers Jahrbuch 7, 1883, S. 1-99, 67.
- (35) Laband, Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., S. 107-09.
- (35) Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. 2, 1 Aufl., 1878, S. 200-01.
- (45) Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, S. 18.
- (55) Rosin, ebd., S. 18.
- (56) Laband, Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., S. 63.
- (75) Pauly, Der Methodenwandel, S. 195.
- (88) Ebd.
- (96) Laband, Staatsrecht, Bd. 1, 5 Aufl., S. 61, 96f.
- (100) Laband, ebd., S. 61.